

VU Research Portal

Regulering en handhaving via publiekrecht of privaatrecht?

van Ommeren, F.J.; de Kok, Dennis

published in

RegelMaat

2020

DOI (link to publisher)

[10.5553/RM/0920055X2020035003001](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035003001)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J., & de Kok, D. (2020). Regulering en handhaving via publiekrecht of privaatrecht? Een keuzevraagstuk. *RegelMaat*, 35(3), 135-138. <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035003001>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

REDACTIONEEL

Regulering en handhaving via publiekrecht of privaatrecht

Een keuzevraagstuk

D.R.P. de Kok & F.J. van Ommeren

Inleiding

Veel van de bestaande wetgeving vindt haar oorsprong in de opvatting dat juist de overheid de belangen van burgers, en meer specifiek die van consumenten, moet beschermen tegen andere partijen die over een sterkere positie beschikken. Te denken valt daarbij aan het belang van de veiligheid van producten (bijvoorbeeld de Warenwet en onderliggende regelgeving), de brandveiligheid (het Bouwbesluit 2012), de kwaliteit van landbouwproducten (de Landbouwkwaliteitswet en onderliggende regelgeving), enzovoort. Deze wettelijke regels hebben met elkaar gemeen dat zij bestaan uit eisen die aan producenten en dienstverleners worden gesteld voor de producten respectievelijk diensten die ze leveren. De overheid draagt de verantwoordelijkheid voor de handhaving van deze eisen. Daarmee is dit primair een *bestuursrechtelijke* aangelegenheid: de overheid stelt inhoudelijke eisen, handhaaft die zo nodig zelf en tegen besluiten omtrent handhaving staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Daarvan te onderscheiden is de regulering waarbij de wetgever beoogt partijen in een situatie te brengen dat ze onderling, *privaatrechtelijk* tot een oplossing van hun problemen kunnen komen, zodat overheidsingrijpen niet (meer) nodig is. De wetgever doet dit dan door een disbalans tussen twee partijen te herstellen, door de partij met de sterkste positie minder machtig te maken (bijvoorbeeld door transparantie-eisen op te leggen, bepaalde contractsvoorwaarden te verbieden, enzovoort) of door de zwakkere partij juist een beetje sterker te maken (bijvoorbeeld door collectieve acties te faciliteren).

De vraag is of die disbalans tussen sterke en zwakke partijen, die om deze zo gebruikelijke op bestuursrechtelijke leest geschoeide reactie van de overheid vraagt, zich nog wel overal zo voordoet. Met name door ICT-mogelijkheden – in het bijzonder de sociale media en de digitale platforms – is het maatschappelijke evenwicht tussen de ‘onwetende burger/consument’ en de ‘machtige producent’ wellicht deels hersteld. Leidde een voedselvergiftiging door overtreding van hygiënevoorschriften in een restaurant een aantal decennia geleden nog slechts tot het wegblijven van de desbetreffende klant en (hooguit) zijn naasten, tegenwoordig kan een horecaonderneming haar deur wel sluiten als die klant deze informatie op een beoordelingsite zet. Ook als die informatie onjuist of onte-

recht is overigens, wat natuurlijk ook een gevaar oplevert. Daarnaast zijn consumenten, eveneens dankzij ICT-voorzieningen, steeds beter in staat zelf beredeunde keuzes te maken. Internet biedt tal van recensies en onderlinge vergelijkingen van producten ('reviews') door meer of minder deskundige en onafhankelijke onderzoekers, waarbij naast de kwaliteit ook de veiligheid van producten aan de orde komt.

Vragen voor de wetgever

Bovenstaande ontwikkelingen roepen voor de wetgever allerlei vragen op. Zo rijst in de eerste plaats de vraag of en in hoeverre er een verandering in de rolverdeling in de driehoek *bedrijf/producent – burger/consument – overheid/wetgever* aan de orde is. Moet of kan de overheid, en daardoor ook de wetgever, een stap terug doen in de bescherming die zij de burger/consument wil of moet bieden? Kunnen we ervan uitgaan dat de burger meer voor zijn eigen belangen kan opkomen? Of moet de overheid hem meer mogelijkheden bieden om die rol te kunnen aan nemen? En wat betekent dat dan voor de aard van de wetgeving? Zijn het dan nog steeds bestuursrechtelijke, inhoudelijke normen voor de producenten die de wetgever oplegt, maar waarbij de burger geacht wordt zelf meer voor zijn eigen aldus beschermde belangen op te komen? Of kan of moet de wetgever terugtreden uit de genoemde driehoek en meer overlaten aan de privaatrechtelijke verhoudingen tussen bedrijf/producent en burger/consument, waarbij hij dan volstaat met het vastleggen van privaatrechtelijke waarborgen voor (het behoud van) het evenwicht tussen beiden? Te denken valt dan aan informatie- en transparantie verplichtingen voor datgene wat er op internet wordt gezet door een producent, en wellicht aan vergroting van de mogelijkheden voor rechtsbescherming aan de kant van de consument (bijvoorbeeld collectieve-actiemogelijkheden en vergroting van productaansprakelijkheid). Zou bijvoorbeeld een verplichting tot het hebben van bepaalde brandveiligheidsapparatuur bij verhuur van een vakantiewoning kunnen worden vervangen door een verplichting om (op de website) duidelijkheid te bieden over het al dan niet aanwezig zijn van deze apparatuur, waarbij de consument zelf mag beslissen hoe belangrijk hij dit vindt? Of kan het verruimen van de wettelijke aansprakelijkheid van producenten of het opleggen van een verzekeringsplicht leiden tot een betere (preventieve) privaatrechtelijke handhaving?

Een discussie over de vraag of de bescherming van de consument primair via het privaatrecht of het bestuursrecht moest worden gerealiseerd, speelde ook bij de totstandkoming van de afdeling over oneerlijke handelspraktijken in het Burgerlijk Wetboek (BW)¹ en de daaraan mede gekoppelde Wet handhaving consumentenbescherming. Met de titel van laatstgenoemde wet is de uitkomst van de discussie eigenlijk al verklapt: hoewel de oneerlijke handelspraktijken het privaatrechtelijke verkeer regelen en (dus) ook in het BW zijn opgenomen, is er voorzien

1 Afd. 3A van titel 3 van Boek 6 BW, art. 193a e.v.

in bestuursrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit (nu: Autoriteit Consument en Markt).

Daarnaast is er tussen het kabinet en de Tweede Kamer een debat gaande² over het al dan niet (kunnen) ingrijpen in digitale platforms. In hoeverre kunnen de overheid én partijen in de samenleving digitale platforms aanspreken op de inhoud van wat er wordt aangeboden door ‘grote’ aanbieders aan ‘kleine’ afnemers? En in hoeverre kunnen of moeten platforms verantwoordelijkheid dragen voor misstanden binnen de dienstverlening die zij faciliteren of voor het duperen van derden door deze dienstverlening? Concreet valt te denken aan de discussie over de mogelijkheid om Airbnb te verplichten mee te werken aan het bestrijden van overlast door verhuur van woonruimte aan toeristen.

Ook in de (semi)publieke ruimte spelen afbakeningsvragen tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regulering en handhaving. Zo is er bij de bestrijding van voetbalvandalisme natuurlijk veel te doen geweest over de vraag waar de inzet van de politie (op grond van de openbare-ordebevoegdheden en het strafrecht, en dus publieke regulering) stopt, en waar de inzet van eigen beveiliging door de voetbalclubs, met name met behulp van stewards (op grond van privaatrechtelijke afspraken in verband met de aanschaf van het ‘kaartje’ voor de wedstrijd), begint of hoort te beginnen. Mede door capaciteitsmotieven zien we daar een verschuiving naar het laatste.

Bijdragen

Daarmee zijn we gekomen bij de bijdragen aan dit thema in dit nummer van *RegelMaat*. Die bestaan uit drie casus waarin de keuze tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke regulering en handhaving aan de orde komt.

Kiliaan van Wees tekent voor de eerste bijdrage over dit thema. Zijn artikel heeft betrekking op de zelfrijdende auto. Een onderwerp dat zeer in de belangstelling staat, zeker gezien recente ongevallen met testauto's, die veel vragen oproepen over de aansprakelijkheid voor de veroorzaakte (letsel)schade. Hij behandelt die vragen in zijn artikel en gaat in op mogelijkheden voor de overheid/wetgever om de veiligheid van de zelfrijdende auto te reguleren. Hij werpt daarbij de vraag op welke preventieve werking kan uitgaan van het aansprakelijkheidsrecht of van een stelsel van directe (verkeers)verzekering. In dat kader gaat hij ook in op de vraag of het feit dat een zelfrijdende auto weliswaar in algemene zin minder ongelukken maakt, maar soms juist een ongeluk veroorzaakt dat een gemiddelde menselijke chauffeur had kunnen voorkomen, productaansprakelijkheid voor dat ongeluk meebrengt. Hij stelt dat het aansprakelijkheidsrecht een aanvullende

2 O.a. een initiatiefnota van het lid Verhoeven over mededinging in de digitale economie (*Kamerstukken II* 2018/19, 35134, nrs. 1 en 2), een motie van de leden Palland en Aartsen over consumentvriendelijke gebruikersvoorwaarden voor digitale platforms (*Kamerstukken II* 2019/20, 35134, nr. 10) en brieven van het kabinet over dit onderwerp (*Kamerstukken II* 2019/20, 35134, nrs. 3 en 13, en *Kamerstukken II* 2018/19, 27879, nr. 71).

werking kan hebben op publiekrechtelijke veiligheidswetgeving, met name bij nieuwe technologische toepassingen waar veiligheidsnormen nog ontbreken.

De tweede bijdrage is van *Mandy van Rooij en Stijn Visch*. Zij nemen een soortgelijk vraagstuk als de hiervoor genoemde casus van het voetbalvandalisme onder de loep, namelijk dat van de privaat- dan wel publiekrechtelijke stations- en reisverboden in het openbaar vervoer. Zij gaan in hun artikel in op de ontwikkeling van het instrumentarium ter bestrijding van overlast in de (trein)stations en het openbaar vervoer. Hierin zijn bestuurs- en privaatrechtelijke mogelijkheden in de zin van 'OV-verboden' naast elkaar komen te staan. In het artikel bespreken de auteurs de voorgeschiedenis van deze overlappende bevoegdheden, de overwegingen die daarbij een rol hebben gespeeld, zoals met name de rechtsbescherming, en hoe daar in de praktijk mee om wordt gegaan. Ook gaan ze in op de wenselijkheid van de ontwikkeling van publiekrechtelijke handavingsinstrumenten naast privaatrechtelijke. Zij betogen – terecht – dat, als wordt overgegaan tot publiekrechtelijke regulering, het bij uitstek aan de wetgever is om duidelijkheid te bieden over de verhouding met het privaatrecht, de juridische kwalificatie van de rechtsbetrekkingen die ontstaan, de toepasselijke normen en de bevoegde rechter. Hun bijdrage illustreert helaas ook dat dat niet altijd in voldoende mate gebeurt.

De derde bijdrage is van de hand van *Emile Verviers*. Hij behandelt de ontwikkelingen in het consumentenrecht met de komst van de hiervoor al genoemde Wet handhaving consumentenbescherming en de Wet oneerlijke handelspraktijken. Hij gaat daarbij eerst in op de rechtspolitieke vraag: waarom publiek toezicht op de naleving van privaatrechtelijke normen? Daarbij bespreekt hij de achtergrond van die Europeesrechtelijke wens tot publieke bemoeienis met het consumentenrecht. Hij besteedt vervolgens aandacht aan de totstandkomingsgeschiedenis van die wetten, waaruit blijkt dat de discussie meer ging over *hoe* de publiekrechtelijke handhaving gestalte moest krijgen dan over de vraag *of* publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijke normen eigenlijk wel een verstandig idee is. Ten slotte geeft hij enkele reflecties op de wenselijkheid van (handhaving van) publiekrechtelijk toezicht op privaatrechtelijke normen.

De keuze tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke regulering en handhaving is een fundamentele keuze waar de overheid zich al van oudsher voor gesteld ziet. Met de voortdurende veranderingen waaraan de samenleving blootstaat, zullen ook de maatstaven en overwegingen die die keuze bepalen steeds veranderen. Dat heeft te maken met technologische ontwikkelingen (denk aan de bijdrage over de zelfrijdende auto) of met politiek-ideologische en praktische ontwikkelingen (denk aan de bijdrage over de OV-verboden en die over de consumentenbescherming). Met deze bijdragen wordt een nieuwe impuls gegeven aan een keuzevraagstuk dat altijd op het netvlies van de wetgever moet staan.